

Juez y Parte: análisis de la medida para mejor proveer a la luz del principio dispositivo¹

Fiorella Giantomasi

“... Pensó que la etapa final sería menos horrible que la primera y que le depararía, sin duda, el sabor de la victoria y de la justicia... Referir con alguna realidad los hechos de esa tarde sería difícil y quizá improcedente... La historia era increíble, en efecto, pero se impuso a todos, porque sustancialmente era cierta. Verdadero era el tono de Emma Zunz, verdadero el pudor, verdadero el odio. Verdadero también era el ultraje que había padecido; sólo eran falsas las circunstancias, la hora y uno o dos nombres propios...”

Jorge Luis Borges, “Emma Zunz”, en *El Aleph* (1949).

I. Introducción

El objetivo del presente artículo consiste en analizar el poder de esclarecimiento litigioso que tiene el juez por medio de las potestades instructoras, como así también, su relación con los principios procesales en materia probatoria.

La importancia de las facultades instructoras de los jueces son por demás conocidas, sobre todo en los tiempos actuales en los que la ciudadanía reclama una mayor intervención de la judicatura, a través de la participación activa del magistrado en el proceso, que deja de ser un mero aplicador de normas y se convierte en un creador de soluciones.

¹ Trabajo final de la materia “Teoría General de la Prueba y los Medios Probatorios” a cargo de la Prof. Dra. María Carlota Ucní, Maestría de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, octubre de 2017.

¿Qué sucede cuando el dictado de una medida para mejor proveer resulta ser el elemento probatorio determinante para resolver un conflicto.

No existe una respuesta unívoca, pues algunos considerarán que lo trascendente es arribar a la tan ansiada verdad objetiva, y la facultad instructora del juez está encaminada a tal fin. Sin embargo, del otro lado, habrá posturas que consideren que esto implica un avasallamiento al derecho constitucional de debido proceso, defensa en juicio e igualdad ante la ley, como así también, al principio dispositivo que rige la vida del proceso civil, no debiendo olvidar que existen reglas claras que deben respetar cada uno de los intervinientes en este maravilloso juego que se despliega ante los tribunales.

II. El proceso: prueba y verdad²

Toda contienda judicial versa sobre distintas necesidades individuales que se presentan como insatisfechas y las cuales requieren atención, configurándose en un momento previo y en forma externa al proceso.

El derecho procesal se erige como instrumento para concretizar en una sociedad democrática las garantías constitucionales y las normas convencionales. Con anterioridad a la reforma del año 1994, la Constitución era garantía del debido proceso pero con la incorporación de los distintos tratados, convenciones y pactos de derechos humanos – los cuales generan una obligación interna e internacional de cumplimiento que es ineludible porque adquieren jerarquía superior a las leyes y constitucional siendo operativos- se le da trascendencia al derecho de tutela judicial efectiva, el cual resulta imprescindible garantizar, en virtud de ser un medio eficaz para canalizar la participación de la ciudadanía, teniendo como objetivo asegurar la vigencia del sistema republicano y del Estado de Derecho.

² Sin perjuicio de los diversos criterios doctrinarios y jurisprudenciales que existen en torno a los puntos a desarrollar, a los efectos del presente apartado se sigue la línea de pensamiento de Michelle Taruffo.

Es en este contexto en el cual el proceso judicial se presenta como la herramienta destinada a dar respuestas mediante un debate reglado y ante un tercero imparcial que deberá resolver el conflicto con la mayor justicia que le sea posible.³

De acuerdo a lo expuesto por Taruffo: “...*El proceso es un lugar de conflicto, de competición y de oposición entre posiciones diferentes y, por lo tanto, también entre narraciones diversas de los hechos jurídica y lógicamente relevantes, en la específica situación de litigio...*”⁴. De ello se desprende que son las partes quienes deberán aportar los mejores instrumentos para lograr una discusión eficiente e imparcial, teniendo como correlato el deber del juez de dictar una sentencia que sea una derivación razonada con atención a los hechos de la causa y que cumpla con el valor justicia, demostrando que el magistrado no es indiferente al grado de convicción que le generen las pruebas ofrecidas y producidas durante la tramitación del juicio.⁵

Continuando con la línea del párrafo precedente, se puede definir como prueba al “...*instrumento que utilizan las partes... para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos...cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre*”⁶. Asimismo, se destaca que su función consiste básicamente en ofrecerle al magistrado los elementos necesarios para poder determinar si los enunciados presentados por las partes son verdaderos o falsos. De ahí la importancia de la correspondencia entre los hechos y

³ Oteiza, Eduardo, *Lecciones de Derecho Procesal*, “Capítulo I”, borrador inédito, pp. 2-5.

⁴ Taruffo, Michelle, *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*. Ver: <file:///C:/Users/User/Downloads/algunas-consideraciones-sobre-la-relacion-entre-prueba-y-verdad.pdf>.

⁵ Oteiza, Eduardo, “El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba. O probare o soccombere ¿Es posible plantear un dilema absoluto?”, capítulo del libro coordinado por Augusto Mario Morello, *Los hechos en el proceso civil*, La Ley, 2003, p. 6.

⁶ Taruffo, Michelle, ob. cit., p. 30.

la prueba, toda vez que frente al juez se despliega una gama de posibilidades al momento de dictaminar. Sin embargo, en este sorprendente despliegue probatorio que se plantea en el pleito judicial, la verdad siempre será relativa porque dependerá de lo que las partes aporten para demostrar sus enunciados fácticos, pese a que existe una única verdad, sólo que el proceso es un contexto institucionalizado y las posibilidades de conocimiento son limitadas.

Ahora bien, una decisión será justa cuando se aplique en forma correcta la norma jurídica que regule el hecho pero, previamente, será determinante que se hayan establecido la verdad o falsedad de los enunciados por medio de las pruebas disponibles, pues de ellos dependerá la decisión del juez, la cual deberá ser coherente con los enunciados de las partes y con el resultado de las pruebas aportadas que son las que sirven de nexo con los acontecimientos del mundo real.⁷

En suma, el proceso es un medio para tutelar los derechos de las personas, a través del caso concreto y teniendo como horizonte arribar a una decisión justa porque, al fin y al cabo, lo que el Estado intenta promover mediante este “juego” organizado no es ni más ni menos que la libertad y la igualdad de las personas, ya que sólo habrá derecho si hay manera de hacerlo valer.

III. Los principios procesales en materia probatoria

Con el objeto de adjudicarle un significado a la expresión “principio procesal”, en éste punto tomaré la definición clásica de Lino Palacios, quien sostiene que son “...*las directivas u orientaciones generales en que se inspira cada ordenamiento jurídico procesal...*”⁸.

El pleito judicial se encuentra regido por diversos principios procesales. En lo que aquí respecta, tanto el juez como las

⁷ Taruffo, Michelle, ob. cit., pp. 36 y 39.

⁸ Palacios, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ª ed. actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 62.

partes se vinculan con tres principios que sirven como eje en lo referente a la prueba de los hechos: el principio dispositivo, el principio de igualdad y el principio de colaboración.

Por un lado, el principio dispositivo consiste en el dominio que posee la parte sobre su derecho subjetivo que conlleva la posibilidad de iniciar y desistir el proceso, delimitar el *thema decidendum* y aportar el material probatorio que sustente su pretensión, por lo que al juez sólo le correspondería la tarea de resolver a partir de lo alegado y probado por las partes. Asimismo, dicho principio tiene íntima relación con el modelo económico liberal adoptado, como así también, con el derecho a la propiedad consagrado en la Constitución Nacional en su artículo 17.

El reconocimiento del debido proceso y de la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio contemplado en el artículo 18 de la Carta Magna, constituye una garantía fundamental que le permite a los ciudadanos poder ejercer en una contienda judicial todas las demás garantías reconocidas, por lo que se erige como una forma de limitar al poder estatal.

Por otro lado, se puede decir que las partes se encontrarían en un plano de igualdad, pues se les reconoce el mismo derecho de probar los hechos y es el juez quien no debiera perder de vista que dicha igualdad debe darse en el plano real y no sólo en lo formal, pues *“... El juez al emplear el principio dispositivo para interpretar reglas procesales debe respetar la autonomía de la voluntad y paralelamente prestar atención a las desigualdades de las partes en conflicto”*⁹.

En lo que respecta al principio de colaboración, se considera que tiende a impedir que una de las partes obtenga beneficios por medio de la desigualdad o desventaja sobre la otra parte. Debe entenderse que no restringe o anula la carga de la prueba, sino que busca evitar que el proceso deje de ser un “juego limpio”, toda vez que lo que se busca es arribar a una decisión justa y en esa tarea deben ir dirigidas todas las acciones de los que participan.

⁹ Oteiza, Eduardo, “El principio de colaboración...”, ob. cit., p. 4.

IV. El rol del juez: conexión entre la verdad y la sentencia correcta

Existen diversos grados de conexión entre la verdad y la sentencia correcta, dependiendo el principio que rige el proceso judicial. Por un lado, el principio dispositivo, realiza una búsqueda menguada de la verdad, en virtud de que se encuentra en cabeza de las partes probar los hechos alegados, sin perder de vista que cada una aportará aquellas pruebas que les resulte más beneficiosa para obtener una sentencia favorable. Por otro lado, el principio inquisitivo se caracteriza, principalmente, porque el juez tiene facultades para investigar utilizando todos los medios probatorios para arribar a la verdad, sin perjuicio de lo que las partes pudieran aportar. Asimismo, tiene facultad para iniciar los procesos de oficio y dirigirlo. Ello en contraposición al principio dispositivo, en el que las partes son las que inician los procesos y les corresponde aportar todas las pruebas tendientes a acreditar la verdad de sus hechos.

Resulta importante destacar que el principio dispositivo surgió luego de la revolución francesa, con el objetivo fundamental de limitar el poder del Estado, estableciendo que el juez sólo era un mero aplicador de las normas sin entrometerse en el proceso cuando el mismo gire en torno a intereses privados.

Es claro que el juez tiene poderes durante el trámite del proceso, pues a él le corresponde dirigir, gobernar y ordenar el procedimiento. En este punto, interesa destacar la nueva tendencia del activismo judicial, que supone la necesidad de tener un magistrado activista que: *“...denota no una cualidad puramente mecanicista o física, cuál sería la aceleración o la diligencia, sino un sentido mucho más profundo que deriva del actuar activo pero, además enderezado a la obtención de la finalidad en la que predominan los valores fundamentales...”*¹⁰. Planteado ello y, a los efectos del presente trabajo, la visión aportada por el Dr. Berizonce se estima como la más acertada

¹⁰ Berizonce, Roberto O., “El activismo de los jueces”, *La Ley* 1990-E-920, pp. 921-922.

en lo referente al rol que debiera tener la judicatura en los tiempos actuales, porque el magistrado también se encuentra gobernado por el contexto histórico en el que desarrolla su función y no puede dejarse de lado que la ciudadanía requiere un mayor compromiso por parte de la magistratura para resolver los conflictos que ante ella se plantean.

El juez activista se contrapone con el juez pasivo, cuya característica es la quietud e indiferencia en el devenir del proceso, propio de la cultura decimonónica en la que las partes proponen, el juez “escucha”, las partes ofrecen y prueban, mientras el juez decide.

Un dato de tamaño relevancia es el lugar que le ha otorgado a los magistrados la modificación efectuada en el Código Civil y Comercial de la Nación, ubicándolo como piedra basal para decidir los casos, obligándolo en forma expresa a realizar una tarea interpretativa por medio de la ponderación en el supuesto de tensión entre principios (conf. Arts. 1,2 y 3 del C.C.y C.). El modelo analítico promueve la discrecionalidad y creación por parte del juez porque lo trascendente es saber cuál es la interpretación más acorde a los tratados internacionales de derechos humanos, principios y valores que rodean al magistrado y a su comunidad.

Sin embargo, el juez encontrará límites que harán de su trabajo un desafío constante, pues deberá argumentar sus sentencias y lograr adhesión a ella, toda vez que la determinación del punto o los puntos que se van a juzgar es una de las principales preocupaciones que tiene un debate judicial y el juez debe utilizar la fuerza de los argumentos, los que serán válidos si logran el efecto perseguido, esto es si se produce el acuerdo con las proposiciones propuestas. Con ello se busca romper con los cánones racionalistas y empiristas de limitar la capacidad de la razón exclusivamente al ámbito de la lógica formal y la necesidad probatoria.

Esta última idea permite sostener que la diferencia entre el método lógico deductivo y la argumentación jurídica, consiste en que mientras los razonamientos demostrativos y las inferencias formales son correctas o incorrectas, los argumentos y las razones

que se dan a favor o en contra de una tesis son más o menos fuertes y hacen variar la intensidad de la adhesión del auditorio. El objetivo es transferir a la conclusión el asentimiento o disentimiento concedido previamente a ciertas premisas alegadas deliberadamente, por el contrario, en el razonamiento práctico la adhesión es concedida tanto a las premisas como a cada prueba.

En cuanto a los poderes que tiene el juez para arribar a la verdad –en los términos establecidos en el apartado I–, de más está decir que son las partes quienes delimitan el objeto del proceso y el juez deberá expedirse por medio de una sentencia fundada sobre ello. Esto es de suma trascendencia, porque respetar los hechos aportados por las partes integra tanto la garantía del debido proceso como de bilateralidad.

Sin embargo, no debemos olvidar que es el juez quien debe resguardar también el principio de igualdad entre las partes, por lo que si enfrentara a algún tipo de imprecisión que genere desigualdades, tendrá la facultad de indagar sobre aquellas cuestiones que colaboren en la búsqueda de la verdad.¹¹ De este modo se encuentra un punto intermedio entre el principio dispositivo y el principio inquisitivo, que son las llamadas medidas para mejor proveer.

V. Las medidas para mejor proveer y el quebrantamiento del principio dispositivo

El artículo 36 inciso 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, reza lo siguiente: “*Facultades ordenatorias e instructorias. Aun sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales podrán: 2º) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes...*”¹².

¹¹ Oteiza, Eduardo, “El juez ante la tensión entre libertad e igualdad”, capítulo del libro *Poderes y deberes del juez. Homenaje a J. Ramiro Podetti*, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 10.

¹² Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Ver: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/I-7425.html>.

Dicha disposición legal se presenta como una posibilidad, de carácter discrecional, para que el juez pueda decidir acerca de un hecho. Es importante adelantar que la discrecionalidad implica riesgos pero tales medidas, en principio, tienden a obtener datos que son determinantes para que el juez motive su sentencia.

El título del presente apartado, hace referencia a la gran controversia que ha generado la facultad instructora a la que referimos, ello por cuanto se observa una atenuación al principio dispositivo, por el cual el juez sólo debe resolver lo alegado y probado por las partes. Sin embargo, resulta interesante analizar hasta qué punto el magistrado puede “romper” con dicho principio mediante la incorporación de material probatorio que le resulte necesario para resolver un problema de prueba o de calificación. Y es en éste punto, donde remito al rol del juez que fue expuesto en el punto que precede, puesto que tiene dos posibilidades frente a tal situación: por un lado, mantener una postura pasiva, siendo un mero aplicador de normas y, por otro lado, ahondar en aquellos elementos que le permitan obtener el máximo grado de convicción sobre la verdad de los hechos controvertidos.

Establecida la disposición legal que las avala, ahora surge la necesidad de efectuar una definición sobre las medidas para mejor proveer de las cuales se podría decir que constituyen una facultad esclarecedora, de índole instructora¹³ y de carácter subsidiario, complementario e integrador, que de ninguna manera deroga el principio dispositivo, ya que su actuación estará limitada al *thema decidendum* del juicio. El juez no sustituye a las partes, sino que integra el material insuficiente en caso de “duda”, debiendo respetar los principios de igualdad de trato, la defensa en juicio y la regularidad procesal.

Dicha práctica supone una iniciativa del juez, mediante actos de instrucción, tendientes a la búsqueda de la verdad de

¹³ Alterini, Atilio Aníbal, *Medidas para mejor proveer y defensa en juicio*, p. 55, ver: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/25/medidas-para-mejor-proveer-y-defensa-en-juicio.pdf>

los hechos fijados por las partes. Al fin y al cabo, la finalidad siempre va encaminada a mejorar la administración de justicia, a través de la realización de un proceso que propugne arribar a una sentencia que sea lo más acorde con la realidad de las proposiciones planteadas ante la magistratura.

Ahora bien, de acuerdo a lo hasta aquí expuesto, la discusión que se plantea, gira en torno a dos principios procesales que se encuentran en pugna frente a ésta facultad otorgada al juez. No se puede dejar de advertir que las medidas para mejor son de corte netamente inquisitivo, pero no por ello el sistema procesal ha dejado de ser esencialmente dispositivo¹⁴. De cualquier manera, se deberá siempre tener presente que el tipo de conflicto condiciona no sólo el debate, sino también la decisión.

Al parecer, los detractores de las medidas para mejor proveer, sostienen que el principio inquisitivo atenta contra el principio dispositivo y alguno de los derechos más trascendentales del sistema, como son el derecho de defensa y de igualdad. Ello, a mi criterio, se relaciona íntimamente con los orígenes de cada uno de aquéllos principios, pues como dije anteriormente, el principio dispositivo surge como límite al poder del Estado formando jueces que, por momentos, son aplicadores automáticos del derecho. Es por ello que, el uso de las medidas para mejor proveer, pese a ser de naturaleza inquisitiva, se encuentra justificado en la necesidad de que el juez se muestre activo durante el proceso, cuando el material probatorio le resulte insuficiente para resolver el pleito, especialmente en los casos difíciles, tal como refieren Dworkin y Mac Cormick.

Sentado lo anterior, estimo necesario apartarme de la postura que considera que se busca aumentar el poder de los jueces en forma injustificada, toda vez que serán los magistrados quienes deban motivar sus decisiones que, conforme las ideas de Chaim Perelman, ello supone expresar sus razones, lo que también los obliga a tener esas razones. Por lo que, en realidad, la argumentación jurídica es la mejor herramienta con

¹⁴ Alterini, Atilio Aníbal, *Medidas para mejor proveer...*, ob. cit., p. 57.

la que se cuenta para delimitar el poder de los jueces, que no es absoluto y que, además, no se debe olvidar que la facultad instructoria es legal, por lo que el magistrado puede valerse de ella para obtener aquellos elementos que estime indispensables para resolver destacando, una vez más, que el magistrado no tiene ningún tipo de pretensión, sino que intenta esclarecer los hechos controvertidos.

Llegado este punto, también se plantea otro cuestionamiento relacionado con la función de la medida para mejor proveer que, estimo, refiere a la búsqueda de la verdad. Sin embargo, como bien refiere Alterini, el juez no debe investigar los hechos, sino que debe esclarecerlos cuando las pruebas aportadas le generen algún punto de duda, sin olvidar la actividad probatoria determinada por la carga de la prueba de las partes.¹⁵

Asimismo, es importante señalar que el juez no puede ejercer dicha facultad instructora para reemplazar la omisión o la negligencia de las partes, porque ello acarrearía una alteración del principio de igualdad procesal. En un fallo reciente de la Sala Primera de la Cámara Segunda de Apelación, integrada por los Dres. Jaime Oscar López Muro y Ricardo Daniel Sosa Aubone y por disidencia, el Sr. Presidente, Dr. Francisco Agustin Hankovits, en la causa N°120354, el voto mayoritario, encabezado por el Dr. López Muro, consideró que: “...*habiéndose declarado la negligencia de la parte demandada para producir la prueba ofrecida y ante la evidente oposición de la actora, estimo que el ejercicio de la medida para mejor proveer... excede las facultades del juez de grado y justifica su revisión en la Alzada por vía de excepción...*”. Por su parte, el Dr. Hankovits resalta la doctrina de la Suprema Corte provincial al sostener que: “...*las facultades instructorias no pueden ser efectuadas para suplir la negligencia en que hubiera incurrido cualquiera de las partes en la producción de la prueba por ella ofrecida, ya que lo contrario importaría afectar la igualdad que tienen los jueces*

¹⁵ ALTERINI, Atilio Anibal, *Medidas para mejor proveer...*, ob. cit., p. 59.

el deber de mantener entre los litigantes (AC. 83.414. sent. 5/11/2003)...”¹⁶

Todo lo hasta aquí expuesto, indica con claridad que las medidas para mejor proveer son, tal vez, el correlato de las modificaciones de las sociedades participativas, que reclaman un rol activo del juez en la controversia, no ocupando el lugar de parte, sino interviniendo cuando se encuentre comprometida la verdad de los hechos. Por ello, tiene a su disposición este recurso legal que le permite esclarecer los hechos controvertidos.

Para concluir, la incógnita que se plantea es en referencia a los límites para dictar esta medida oficiosa. Como primer punto no debemos olvidar que es una manifestación de poder y que ella debe ser controlada, principalmente por los derechos que se ponen en juego. En lo que respecta al derecho de defensa en juicio, la jurisprudencia ha determinado que la adopción de tales medidas son una atribución privativa de los jueces, quedando su producción al control de las partes y a las reglas comunes de todas las pruebas, de modo de respetar así el derecho de defensa.

VI. Corolario

Los cambios en la sociedad generan la compleja tarea de adaptar el proceso a los nuevos conflictos que ante él se plantean, teniendo siempre en miras la tutela efectiva de los derechos.

El proceso civil como medio para tutelar los derechos. La persona como centro y el Estado como medio para la consecución de los fines de la persona. Ello supone que el derecho y el proceso civil deben organizarse de tal forma que se promueva la libertad y la igualdad.

¹⁶ Cámara Segunda Apelación en lo Civil, Sala Primera, “Marsiglia Marcelo Edgardo c/Caja de Seguros S.A. s/cobro sumario sumas dinero”, causa N°120354, Ac. 223/16, 10 de agosto de 2016.

La finalidad del proceso civil es arribar a una decisión justa en el caso concreto. De acuerdo con todos estos cambios, queda clara la trascendencia que tiene el juez en el proceso, incluso cuando se trate de intereses privados.

La búsqueda de la verdad no sólo atañe al juez por ser quien debe resolver el litigio, sino porque la resolución de los conflictos funciona como regulador de la sociedad que acude al servicio de justicia en busca de respuestas, cuando no las pudieron obtener por fuera de ella.

No se puede pretender un mejor servicio de justicia si se sigue avalando la idea de juzgador pasivo sino, por el contrario, se requieren jueces que busquen conocer los hechos de tal manera que la solución de ese conflicto sea acorde a las pretensiones planteadas, sin por ello avalar un avasallamiento de los poderes del juez sobre las partes, a quienes les corresponde delimitar los hechos y aportar las pruebas que estimen necesarias para obtener un resultado favorable.

Al fin y al cabo, de lo que se trata es de que: *“...El juez, en la búsqueda de una solución justa debe prestar atención a la marcha del proceso a los efectos de resguardar la libertad y al mismo tiempo permitir nivelar desigualdades...”*¹⁷

¹⁷ OTEIZA, Eduardo, “El juez ante la tensión...”, ob. cit., p. 14.